Concurrences
Revue des droits de la concurrence

La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (I)

Doctrines | Concurrences N° 3-2010 – pp. 35-46

Bruno Lasserre
bruno.lasserre@autoritedelaconcurrence.fr
Président, Autorité de la concurrence, Paris

Institut de droit de la concurrence
e-Competitions

Bruno Lasserre
bruno.lasserre@autoritedelaconcurrence.fr
Président, Autorité de la concurrence, Paris

La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : Un point de vue d'autorité (I)

Abstract

The Act of Economic Modernization of 4 August 2008 has deeply modernized the French competition enforcement framework. The current article, published in two parts, makes a first assessment of the work done during the first year of activity of the new Autorité de la concurrence. It comes back on the roadmap of the institution, before dwelling on the two highlights of the reform. The transfer of merger review to the independent authority has taken place swiftly, and yielded benefits both on substance and on transparency thanks to new guidelines. The boom of advocacy has illustrated the manifold potential of this tool in terms of market knowledge, of business guidance and of advice to public policy-makers. The second part of the article will deal with antitrust enforcement and with a set of broader issues.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a profondément modernisé la régulation concurrentielle. Au terme d'une année de travail, le présent article, publié en deux parties, fait un premier bilan d'activité de la nouvelle Autorité de la concurrence. La première partie revient sur la feuille de route de l'institution et sur les deux éléments-phares de la réforme. Le transfert du contrôle des concentrations à l'expert indépendant s'est déroulé dans la sérénité, en faisant progresser l'analyse substantielle et la transparence grâce à de nouvelles lignes directrices. La montée en puissance de l'activité de conseil et de recommandation a illustré la richesse de cet outil, qu'il s'agisse de connaître les marchés, d'orienter les acteurs ou de conseiller les pouvoirs publics. La seconde partie de l'article reviendra sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et sur certaines questions transversales.

I. Introduction

1. Une précédente livraison de la revue *Concurrences* a été l'occasion de présenter un ensemble de "points de vue d'usagers" sur "l'Autorité de la concurrence un an après"[1]. Cette contribution a été complétée, depuis sa publication, par un déjeuner-débat organisé le 10 mai dernier sur le même thème.

2. Le présent article fait suite à ce déjeuner-débat. Il ne revient pas sur la réforme opérée par la loi de modernisation de l'économie (LME)[2] et l'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence[3]. Celle-ci a fait l'objet d'une présentation d'ensemble dans le premier rapport annuel de l'Autorité[4] et je me suis déjà exprimé à son sujet à plusieurs reprises[5].

Il évoque ce qui a été fait au cours de l'année écoulée, en comparant les initiatives prises et les premiers résultats atteints avec les objectifs de la réforme. Il traite, dans un premier temps, le contrôle des concentrations (III.) et l'activité de veille, de conseil et de recommandation (IV.), qui constituent les deux principaux pans de cette réforme. La seconde partie de l'article, à paraître dans le prochain numéro de la revue, portera sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (V.) et sur certaines questions d'ordre plus général (VI.).

3. Sur l'ensemble de ces sujets, l'article met en lumière les gains importants et très concrets que la réforme a permis d'engranger, mais aussi les points méritant, de mon point de vue, de continuer à réfléchir, à progresser et à "apprendre en marchant".

Mais je voudrais revenir, avant d'entrer dans le vif du sujet, sur la portée et les limites de l'exercice du bilan (II.).

II. Quel bilan ?

4. Ce n'est pas tant, je crois, le bilan de l'Autorité qu'il faudrait dresser (1.) que celui de la régulation concurrentielle des marchés "à la française" (2.). On passe en effet à côté des bonnes questions si l'on se méprend sur les objectifs de la réforme.

Rectificatif au sujet de la Doctrine de M. Ereseo parue dans *Concurrences* 2-2010

A la suite d'une erreur de montage, la note 5 a disparu de la version imprimée. Le texte de cette note était le suivant : «Rapporteur de la loi Galland comme, plus récemment, de la loi dite LME du 4 août 2008». En raison de cette suppression, les références sont décalées d'un numéro à partir de la note 6. Ainsi, la note 6 doit être lue en note 5, la note 7 en note 6, la note 8 en note 7, etc. Les versions html et pdf en ligne sur concurrences.com ont été mises à jour.

1 P. Hubert, E. Durand, M. de Drouas, L'Autorité de la concurrence, un an après : Points de vue d'usagers, Concurrences, N° 2-2010, pp. 34-43.

2 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

3 Ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 de modernisation de la régulation de la concurrence.

4 Pour mémoire, celle-ci a fait l'objet d'une présentation d'ensemble dans le rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2008, p. 9-46, "La réforme de la régulation de la concurrence".

5 Voir notamment Bruno Lasserre, "La nouvelle Autorité de la concurrence", *Concurrences*, n° 1-2009 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/concurrences_1_2009_itv_bl.pdf), et "The New French Competition Authority : mission, priorities and strategy for the next five years", in *Trustbusters: Competition Policy Authorities Speak Out*, 2009 (http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/intervention_bl_autorite_trustubusters_09.pdf).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

1. Premier bilan d'activité de la nouvelle Autorité…

5. Il est un peu prématuré de dresser un premier bilan d'activité de l'Autorité (1.1.). Lorsque le moment de faire cet exercice nécessaire sera venu, il faudra par ailleurs veiller au choix de la méthode à retenir à cet effet (1.2.).

1.1. Une réforme au long cours

6. Prématuré, cet exercice l'est essentiellement pour deux raisons. La première tient au tempo de la régulation concurrentielle : au temps court des procédures d'urgence (3 à 4 mois en moyenne) s'oppose le temps long des procédures au fond (18 mois en moyenne, mais évidemment davantage en cas de notification de griefs, compte tenu des exigences du contradictoire). De ce fait, aucun des dossiers de fond ouverts par les services d'instruction en vertu de leurs nouveaux pouvoirs d'enquête depuis le 2 mars 2009, date de mise en place de l'Autorité, n'a encore débouché sur une décision du collège. Symétriquement, toutes les décisions prises jusqu'ici en matière de pratiques anticoncurrentielles font suite à une procédure initiée par le Conseil de la concurrence avant cette date.

7. La seconde raison est que l'année 2009 ne constitue évidemment pas une année de "régime de croisière", mais de transition : adoption d'un nouveau règlement intérieur en mars, réorganisation des services entre mars et septembre, nomination du conseiller auditeur en juillet, arrivée progressive des nouveaux rapporteurs, rodage des nouveaux outils, etc.

8. Je voudrais revenir sur l'élément central de cette transition, qui tient non pas aux textes mais aux personnes appelées à les faire vivre. L'Autorité emploie aujourd'hui 182 personnes (auxquelles s'ajoutent les 17 membres du collège), contre 130 pour le Conseil à la fin de l'année 2008. En tenant compte des départs, 52 nouveaux agents ont été recrutés depuis. Une partie d'entre eux sont des fonctionnaires venant de la direction nationale des enquêtes (DNE) de la DGCCRF, spécialisés dans la conduite des enquêtes de concurrence et disposant d'un savoir-faire précieux en matière de perquisitions informatiques. Beaucoup d'autres viennent d'autres horizons. Si l'on fait abstraction des services administratifs de l'Autorité (budget, ressources humaines, etc.), plus du tiers des agents sont aujourd'hui issus du secteur privé et plus de 25 % d'entre eux y ont passé plus de 5 ans. De plus, 57 % des personnes ayant le statut de rapporteur sont des juristes (magistrats, avocats) et 28 % des économistes, le solde possédant un éventail d'expertises variées (ingénieurs, comptables, etc.).

9. Ce panachage des profils est le résultat d'une politique active, partagée avec la rapporteure générale. Il garantit une variété de points de vue à l'intérieur de la maison. Le traitement des dossiers individuels (concentrations, pratiques anticoncurrentielles, avis) et la réalisation de nos autres projets (études de marché, participation aux affaires européennes, etc.) ont tout à y gagner.

1.2. Un bilan à compléter aux plans quantitatif et qualitatif

10. Le bilan entrepris mérite d'être complété – et le sera le moment venu, j'en prends l'engagement – en travaillant dans deux directions.

D'une part, il faudra consulter l'ensemble des catégories de personnes concernées. Le recours à un échantillon réduit de conseils[6] constitue un point de départ possible, bien que ses résultats méritent sans doute d'être nuancés. D'abord, le déjeuner-débat a permis de constater que, même au sein de cette catégorie de sondés, les opinions pouvaient différer de façon plus tranchée qu'il n'y paraît à première vue. Ensuite, il faut se poser la question du positionnement de cette population : usagers de l'Autorité… ou plutôt interlocuteurs engagés ? Enfin, il serait instructif de sonder directement les entreprises, mais aussi les consommateurs et les pouvoirs publics, pour pouvoir disposer d'un panel de regards plus large et plus directement en prise avec les impératifs de la vie économique.

D'autre part, l'évaluation de la performance de long terme de l'Autorité ne pourra pas s'en tenir à l'examen de ses productions (son "*output*" : avis, décisions, études, etc.). Il devra aussi s'étendre à ses résultats (ses "*outcomes*"), comme j'en ai pris l'engagement devant les parlementaires[7].

Sur ce plan, il faudra mettre en regard plusieurs choses. D'abord, ce que fait l'Autorité et ce que faisait le Conseil antérieurement à la réforme ; cette comparaison mettra en lumière la continuité de vues entre les deux institutions (axée sur un triple souci d'agir en prise avec la vie des affaires, de stimuler l'analyse économique et d'équilibrer dissuasion et négociation), mais aussi les innovations (le dialogue concurrentiel avec les pouvoirs publics ou la surveillance des marchés par exemple). Ensuite, ce que fait l'Autorité et ce que font ses homologues à l'étranger, car la régulation concurrentielle n'a de sens, dans une économie globalisée, que si ses acteurs dialoguent et convergent dans la mesure nécessaire pour garantir l'égalité de traitement aux entreprises et protéger efficacement les consommateurs. Enfin, ce que les objectifs de l'Autorité pourraient conduire à entreprendre et ce que ses moyens lui permettent effectivement de faire.

2. …ou premier bilan du fonctionnement de la "nouvelle" régulation concurrentielle ?

11. Indépendamment des questions de moment et de méthode, il faut s'interroger sur l'objectif même d'un bilan, c'est-à-dire sur le but (2.1.) et la portée (2.2.) de la réforme de 2008/2009, si l'on veut être sûr de ne pas se tromper de cible.

6 17 avocats et 3 économistes de la concur rence ont été inter rogés par télé phone par les auteurs du point de vue publié dans le précédent numéro de la revue.

7 Voir le compte-rendu de la séance de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale du 7 janvier 2009 (http://www .assemblee-nationale.fr/13/cr-cpro/08-09/c0809027.asp#P6_404).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

2.1. Une réforme de fond

12. La réforme n'a pas créé de toute pièce une autorité administrative indépendante chargée de faire fonctionner la concurrence sur les marchés. Ce choix politique, fait il y a un quart de siècle avec l'ordonnance sur la liberté des prix et de la concurrence[8], a effectivement été confirmé en 2008.

13. L'objectif était plutôt de moderniser en profondeur la façon de réguler la concurrence. Ce qu'il faut donc voir, derrière les innovations et les adaptations résultant de la LME et de l'ordonnance de 2008, c'est leur philosophie d'ensemble. Je me suis déjà exprimé sur ce sujet[9] et n'y reviens donc que brièvement.

14. Le droit de la concurrence ne comporte que deux interdictions : celle de s'entendre pour restreindre la concurrence et celle d'abuser d'une position dominante. Ces interdictions ont une même justification économique : les entreprises ne doivent pas profiter de leur liberté pour acquérir un pouvoir de marché artificiel, car cela aboutit à la création de rentes à l'abri desquelles elles cessent d'inventer, de produire et, finalement, de créer de la valeur au profit de tous. Leur raison d'être politique est tout aussi simple : la liberté donnée aux entreprises n'est légitime aux yeux du plus grand nombre – les consommateurs, qui sont aussi les citoyens – que s'ils y trouvent leur compte, c'est-à-dire s'ils tirent avantage de la compétition qu'elle entraîne, grâce aux efforts déployés par les entreprises pour leur offrir des produits et des services de meilleure qualité au meilleur prix.

15. La mise en œuvre des règles de concurrence vise donc à défendre l'intérêt général qui s'attache à ce que l'économie fonctionne de façon optimale, et non à arbitrer entre des intérêts particuliers. Elle impose à l'institution chargée d'en assurer le respect d'être proactive (en intervenant de sa propre initiative lorsque cela lui paraît nécessaire), sélective (en concentrant ses ressources et ses projets sur les enjeux les plus importants pour les entreprises et les consommateurs) et inventive (parce que l'application au cas par cas de règles aussi plastiques que la prohibition des ententes et des abus implique un constant effort d'analyse, à la fois pour qualifier les comportements et pour choisir la réponse qu'ils appellent : sanction pécuniaire, injonction de faire ou de ne pas faire, négociation d'engagements, etc.

16. Cette triple exigence – initiative, hiérarchisation et flexibilité – guide l'Autorité dans la définition d' une politique de concurrence axée sur la recherche permanente du meilleur rapport entre les coûts et les avantages de chaque forme d'intervention possible. Cela ne peut être fait que si les outils prévus par les textes le permettent. Toute la réforme découle de ce constat.

C'est donc cela qu'il faudrait évaluer. Mais il faut d'abord que le passage du temps et l'investissement constant des hommes et des femmes qui travaillent à l'Autorité permettent de donner corps à ce projet.

8 Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence.

9 Bruno Lasserre, "L'office de l'Autorité de la concurrence", à paraître dans *Justice et Cassation,* Dalloz, 2010.

2.2. La régulation concurrentielle dans son contexte

17. N'oublions pas, cependant, que tout ce qui pouvait s'imaginer n'a pas pu être discuté et réalisé dans le calendrier contraint de la réforme. Par exemple, la réflexion sur l'articulation entre la régulation administrative et le droit pénal de la concurrence, lancée par le groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires[10], reste à poursuivre.

18. La discussion sur les moyens de renforcer le volet "privé" de la mise en œuvre des règles de concurrence est elle aussi en cours. Quand on parle d'action "privée", on pense généralement à la défense de leurs droits par les entreprises et les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles. Mais les victimes sont aussi, bien souvent, des personnes publiques. Le Conseil a mis du temps à construire une politique de dissuasion dans le secteur des marchés publics. Le Parlement l'y a aidé en modifiant le régime des sanctions, pour tenir compte de la récidive et du fait que c'est bien souvent au niveau du groupe, et non des filiales, que se définissent les stratégies anticoncurrentielles et que s'accumulent les gains illicites qui en découlent.

Mais, comme l'a récemment dit le Secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation, Hervé Novelli, le Gouvernement a voulu aller plus loin en encourageant les acheteurs publics victimes de pratiques anticoncurrentielles à obtenir réparation de leur préjudice[11], avec le soutien du juge administratif qui a rendu des arrêts très innovants à ce sujet[12]. La DGCCRF a, depuis lors, publié un guide très pédagogique destiné à les aider à faire valoir leurs droits[13]. Comme l'ont rappelé, de leur côté, les membres du groupe de travail du Sénat relatif aux actions de groupe, qui a recommandé leur mise en place rapide en droit de la consommation, boursier et de la concurrence, on voit mal pourquoi les personnes privées, en particulier les plus vulnérables comme les consommateurs individuels et les petites et moyennes entreprises, devraient rester au bord du chemin[14]. En définitive, ce sont elles qui souffrent le plus gravement des cartels.

19. Enfin, on pourrait poursuivre la réflexion sur l'articulation entre l'Autorité et les juridictions spécialisées en matière de concurrence[15]. L'absence d'opportunité des poursuites, qui différencie l'Autorité de la plupart de ses

10 Voir le rapport du groupe de travail sur la dépénalisation de la vie des affaires, présidé par M. Jean-Marie Coulon, Premier président honoraire de la cour d'appel de Paris, remis au garde des Sceaux, ministre de la Justice, en janvier 2008, La Documentation française, p. 63-65.

11 Hervé Novelli, allocution d'ouverture des entretiens du Conseil d'État du 7 mai 2010, "Pouvoirs publics et concurrence".

12 Voir les arrêts du Conseil d'État du 19 décembre 2007, *Société Campenon Bernard e.a.*, et du 19 mars 2008, *Société Dumez e.a.*

13 Ce guide est accessible en ligne sur le site du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/concurrence/commande_publique/guide_actioncivile.htm).

14 Voir le rapport n° 499 du Sénat, du 26 mai 2010, fait au nom de la commission des lois par MM. Laurent Béteille et Richard Yung (http://www.senat.fr/rap/r09-499/r09-4991.pdf).

15 L'article L. 420-7 C. Com. réserve, depuis 2001, la compétence pour connaître des litiges relatifs à l'application des règles nationales ou européennes de concurrence, au sein de l'ordre judiciaire, à une liste de tribunaux de grande instance et de tribunaux de commerce fixés par décret en Conseil d'État. Cette spécialisation n'est toutefois effective que depuis 2005, année de publication du décret en question.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

homologues européens, a manifestement pour conséquence d'attirer vers elle des affaires dans lesquelles l'intérêt public à intervenir est limité, bien que la pratique concernée cause un préjudice privé a tel ou tel fournisseur, distributeur, client, etc. La spécialisation des juridictions opérée par le décret de 2005[16], sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, n'a pas fondamentalement changé la donne, les plaignants potentiels continuant à préférer s'adresser à l'autorité spécialisée. Cette situation n'est pas propice à l'appropriation du droit de la concurrence par les juges de droit commun, ce que l'on ne peut que regretter.

Il faut donc garder en tête, avant d'ébaucher un bilan de l'année écoulée, que la réforme n'a touché qu'à un maillon – absolument central, mais non totalement exclusif – de la régulation concurrentielle. Et former le vœu que l'avenir voie les autres pièces du puzzle s'assembler progressivement.

III. Le contrôle des concentrations : Une modernisation sereine

20. La mise en place d'un contrôle indépendant des concentrations économiques était l'une des propositions "phares" de la commission pour la libération de la croissance française (CLCF) présidée par Jacques Attali. C'était aussi le point essentiel sur lequel j'avais indiqué que nous serions jugés. C'est donc un chantier qui nous a mobilisés en continu.

Examinons ce qui a été fait, en regardant les différents changements liés à la réforme : le partage des rôles entre l'expert indépendant et le politique (1.), la mise en place du guichet unique (2.), l'analyse concurrentielle des cas individuels (3.), le suivi des décisions (4.), la politique de transparence (5.) et les relations entre Paris et Bruxelles (6.).

1. Le partage des rôles

21. L'objectif de la LME était de rendre plus claire et efficace la répartition des rôles entre l'autorité indépendante et le pouvoir exécutif. La ligne de partage retenue est celle proposée par la CLCF : le contrôle des concentrations est revenu à l'expert indépendant, tandis qu'un mécanisme de coordination avec d'autres objectifs d'intérêt général a été créé au bénéfice du ministre chargé de l'économie.

En pratique, la loi a transféré l'ensemble des étapes du processus à l'Autorité, de la notification des projets de concentrations[17] au suivi de la mise en œuvre d'éventuels engagements, en passant par l'examen rapide (phase 1)[18] ou approfondi (phase 2)[19] et la prise d'une décision finale sur l'opération[20]. Celle-ci est donc devenue le guichet unique chargé du contrôle des rapprochements entre entreprises, comme dans la quasi-totalité des autres États membres de l'Union européenne.

22. Au terme du processus, le ministre chargé de l'économie a la faculté d'évoquer un dossier qui soulèverait des enjeux dépassant la concurrence[21]. Plusieurs mécanismes ont été prévus pour que cette procédure d'intérêt stratégique ne "télescope" pas la procédure d'évaluation concurrentielle, dont elle ne constitue en aucun cas une "phase 3" : elle ne peut intervenir qu'une fois cette dernière terminée ; elle ne peut conduire le ministre qu'à examiner une opération au regard de paramètres autres que la concurrence, sans pouvoir revenir sur l'analyse de l'Autorité ; elle doit déboucher sur une décision motivée et susceptible de recours. Le Conseil d'État, juge à la fois des décisions de l'Autorité et de celles du ministre, assure donc la cohérence du système[22].

23. En pratique, comment ce dernier a-t-il fonctionné depuis sa création ? On constate d'emblée que la procédure d'intérêt national n'a pas trouvé à s'appliquer. Il n'y a pas non plus eu de demandes ministérielles d'ouverture de phase 2. Cela confirme qu'il s'agit de dispositifs d'exception, comme l'avaient souligné les parlementaires lors de l'adoption de la LME[23], de même que la Ministre, Christine Lagarde.

24. Faut-il en déduire que le ministre chargé de l'économie n'est plus conduit à s'intéresser au contrôle des concentrations ? Les auteurs du point de vue publié dans le précédent numéro de la revue estiment que non, en évoquant la propension des entreprises et de leurs conseils à faire du "lobbying" auprès de la DGCCRF ou du cabinet du ministre.

25. C'est effectivement une tactique envisageable, comme dans d'autres domaines où des intérêts économiques importants sont en jeu, mais notre système est pensé pour garantir la transparence et faire preuve de résilience. Un mécanisme que l'on ne retrouve pas, à ma connaissance, dans la plupart des systèmes étrangers, est notamment prévu pour que le ministre prenne officiellement position sur l'affaire, de façon motivée et publique, par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement[24]. Compte tenu de la séparation plus claire entre le politique et l'expert opérée par la réforme, ainsi que des intérêts dont le Gouvernement a la charge, il n'est pas exclu que, dans ses observations écrites ou en séance, le commissaire du Gouvernement ne s'en tienne pas aux seules questions de concurrence. En pratique, cela se produit d'ailleurs davantage que dans le passé.

Mais de son côté, l'Autorité ne fait en aucun cas de la "politique". Tout a au contraire été fait pour que les parties et les tiers aient l'absolue certitude que ses décisions sont prises en toute indépendance, sur le seul mérite des arguments

16 Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en ma tière de concur rence, de pr opriété industrielle et de dif ficultés des entreprises.

17 Article L. 430-3 C. Com.

18 Article L. 430-5 C. Com.

19 Articles L. 430-6 et L. 430-7 C. Com.

20 Article L. 430-4 C. Com.

21 Article L. 430-7-1 C. Com.

22 Article R. 311-1 du Code de justice administrative.

23 Voir notamment le rapport n° 413 du Sénat du 24 juin 2008, fait au nom de la commission spéciale de moder nisation de l'économie par Laur ent Béteille, Elisa beth Lamure et Philippe Marini, p. 333-334 (http://www.senat.fr/rap/l07-413-1/l07-413-11.pdf).

24 Articles L. 430-6, L. 463-2 et L. 463-7 C. Com.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

juridiques et économiques figurant au dossier. En particulier, la réforme a recentré le "test de fond" applicable au contrôle des concentrations sur les seules questions de concurrence[25]. Ce changement, conjugué avec la confirmation du statut d'autorité administrative indépendante de l'Autorité[26], reflète le souhait du Gouvernement de soustraire l'expert concurrentiel à tout risque d'interférence politique.

2. Le fonctionnement du guichet unique

26. En pratique, comment est prise cette décision ? La chaîne intégrée issue de la LME s'est traduite par la mise en place d'un service dédié aux concentrations. Il a, de l'avis général, remarquablement contribué à assurer le succès du nouveau système sur le terrain.

27. Est-il juste de dire que cette intégration est allée de pair avec un affaiblissement des "*checks and balances*" internes ? On peut sourire de l'idée selon laquelle le système antérieur à la LME ménageait un "triple regard" : le bureau B 3, la direction de la DGCCRF et le cabinet du ministre chargé de l'économie fonctionnaient évidemment de manière hiérarchique. On ne peut pas dire non plus que la réforme crée un risque de "pensée unique" : regardons les faits plutôt que de nous en tenir à des impressions.

28. En phase 1, la procédure s'inscrit en continuité avec l'ancien système. La décision, qui était prise autrefois par le ministre chargé de l'économie, est aujourd'hui du ressort du président ou du vice-président délégué par lui[27]. Le dossier est suivi par le service dédié, comme il l'était autrefois par le bureau B 3. Les échanges techniques, extrêmement fréquents, prennent la forme de points d'ensemble sur l'état du dossier, à des moments-clefs de la procédure (à l'image des "*state of play meetings*" de la Commission), ou de réunions consacrées à des aspects particuliers, comme les études économiques fournies par les parties. À la demande des entreprises, ils peuvent être complétés par un dialogue direct entre décideurs dans les cas où c'est utile. Le déjeuner-débat a montré que cette faculté est très appréciée par les entreprises[28].

29. Comme je l'avais annoncé, une pratique nouvelle s'est mise en place, qui consiste à mobiliser en amont un référent (membre du collège ou vice-président), lorsque l'affaire, tout en ne justifiant pas un examen approfondi, mérite un regard additionnel. Cela a été fait avec succès dans plusieurs dossiers ayant débouché sur la prise d'engagements, comme les opérations Banque Populaire/Caisse d'Épargne[29], SNCF/Keolis[30] et TLP/Novatrans[31].

30. Certains praticiens ont estimé qu'il faudrait aller encore plus loin, en instaurant une "cassure" entre les services d'instruction et les décideurs dans ces affaires. Mais comme beaucoup de participants l'ont rappelé avec force lors du déjeuner-débat, c'est sans doute plus une "idée de juriste" qu'une "idée business". Les entreprises sont en effet extrêmement attachées à préserver la nature coopérative du contrôle des concentrations – et notamment au fait de pouvoir nouer très tôt un contact avec les décideurs et pas seulement avec les services, afin d'être certaines que les engagements qu'elles proposent ont une chance d'être acceptés en bout de course. Cela serait évidemment impossible si l'on "greffait" une séparation des fonctions sur une procédure enserrée dans un délai très bref de 25 jours ouvrés, soit cinq semaines.

31. S'agissant de la phase 2, la décision, qui relevait jusqu'ici du ministre, se fait maintenant sous le signe de la collégialité, soit potentiellement à cinq, sept ou dix personnes, voire plus. Cette collégialité est extrêmement vivante, comme l'illustre l'affaire TF1/AB[32], qui a conduit à organiser trois délibérés pour affiner le diagnostic concurrentiel et finaliser les engagements proposés par l'entreprise en cause.

Comme l'ont noté les parlementaires[33], l'intégration de la procédure s'est donc faite sans remettre en cause l'équilibre antérieur entre les impératifs d'efficacité et de célérité, d'une part, et le souci de soumettre les affaires difficiles à un contradictoire approfondi et à une pluralité de points de vue, d'autre part. On peut même relever que tous les aspects de la décision relèvent désormais du collège de l'Autorité[34], là où le ministre était seul compétent pour décider d'éventuels remèdes après avoir sollicité le diagnostic du Conseil.

3. Le traitement des cas et le recentrage sur l'analyse économique

32. Qu'a donné ce nouveau système jusqu'ici ? L'Autorité a reçu 115 notifications depuis le 2 mars 2009, dont 94 avaient donné lieu à une décision finale au 31 décembre. Si l'on ajoute les notifications adressées au ministre chargé de l'économie avant le 2 mars, le total (118) est en ligne avec celui des années précédentes (127 notifications en moyenne entre 2005 et 2008). Mais l'effet "crise" est bien là, si l'on fait abstraction de la quarantaine d'opérations notifiées en vertu du seuil spécifique au commerce de détail créé par la LME.

L'ensemble de ces affaires a donné lieu à une décision d'autorisation. Trois d'entre elles ont débouché sur la prise d'engagements, auxquelles il faut ajouter une décision prise par le ministre avant l'entrée en vigueur de la réforme. D'un point de vue quantitatif, les décisions d'engagements (4) sont donc moins nombreuses qu'au cours des années précédentes (8 par an en moyenne depuis 2002), si l'on fait abstraction de

25 Article L. 430-6 C. Com.

26 Article L. 461-1 C. Com., auquel il faut ajouter l'article L. 461-2 relatif au statut des membres de l'Autorité, lui-même précisé par le règlement intérieur et la charte de déontologie de l'institution.

27 Article L. 461-3 C. Com.

28 Voir, par exemple, la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009, relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

29 Décision n° 09-DCC-16 précitée.

30 Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-02 du 12 janvier 2010, relative à la prise de contrôle conjoint des sociétés Keolis et Effia par les sociétés SNCF-Participations et Caisse de Dépôt et Placement du Québec.

31 Décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-54 du 16 octobre 2009, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Novatrans SA par la société Transport et Logistique Partenaires SA.

32 Décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

33 Voir le rapport n° 167 du Sénat du 14 janvier 2009, fait au nom de la commission des affaires économiques par Mme Elisabeth Lamure, sur le projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, p. 98 (http://www.senat.fr/rap/l08-167/l08-1671.pdf).

34 *Article L. 430-6 C. Com.*

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

l'année 2008 (2 décisions). Cinq décisions d'engagements ont cependant été rendues au cours du premier semestre 2010, ce qui donne à penser que, si la crise a d'abord ralenti les projets envisagés par les entreprises, elle déclenche à présent des restructurations dans certaines industries[35].

Toutes ces décisions ont été prises dans les délais réduits institués par la LME. Mais ce qui importe peut-être davantage que cet indicateur moyen, c'est que, conformément à l'objectif fixé en début de mandat, la gestion des affaires est désormais mieux hiérarchisée. Celles qui ne posent pas de difficultés font l'objet d'un traitement plus rapide ; elles peuvent aussi, dans certains cas, donner lieu au dépôt d'une notification simplifiée. Cela permet de consacrer plus de temps et de ressources aux cas plus complexes.

33. D'un point de vue qualitatif, on peut constater qu'une partie des notifications ont porté sur des opérations importantes, notamment dans des secteurs comme la banque, le transport ferroviaire, l'agro-alimentaire ou les médias. Dans ces domaines et dans d'autres, les entreprises ont pu se rendre compte qu'elles pouvaient compter sur l'Autorité pour obtenir une réponse constructive dans des délais rapides. De son côté, l'abaissement des seuils de contrôle intervenu en 2008 pour le commerce de détail[36] n'a pas, dans l'ensemble, conduit l'Autorité à se pencher jusqu'ici sur des projets soulevant des difficultés de concurrence significatives. Mais ce travail de veille l'a aidée à acquérir une connaissance plus fine et complète du fonctionnement du secteur. Cette "base de données" est très utile, parce que des opérations non problématiques en elles-mêmes peuvent tout de même sensibiliser sur certaines pratiques et donner la matière nécessaire au bon exercice de notre mission générale de surveillance et de conseil.

Sur le fond, l'évolution principale de l'année tient sans doute au recentrage sur les questions de concurrence. Le test de fond qui régit le contrôle des concentrations consiste, depuis 2001, à rechercher l'existence d'une atteinte sensible à la concurrence, en centrant l'analyse sur les effets unilatéraux, coordonnés ou verticaux de l'opération sur le fonctionnement du marché et le bien-être des consommateurs[37]. Les lignes directrices publiées par l'Autorité à la fin de l'année expliquent, sous une forme très fouillée, et modernisée au vu des développements récents de l'analyse économique, la méthodologie suivie pour appréhender ces effets dans le cadre des différents types de concentrations (horizontale, verticale ou conglomérale) susceptibles de lui être notifiées[38]. Elles exposent aussi les gains d'efficacité économique qui peuvent être invoqués pour justifier une concentration et compenser, lorsqu'il y en a, d'éventuels effets négatifs sur la concurrence[39].

34. Ce recentrage sur l'analyse économique, illustré notamment par la première affaire ayant nécessité l'ouverture d'une phase 2[40], devrait se poursuivre au cours des mois à venir. J'ai déjà dit que l'un des points sur lesquels je souhaitais que nous continuions à progresser est l'utilisation des raisonnements et des preuves économiques[41]. Je souhaite que, dans les cas qui posent question, cela devienne l'un de nos outils de pilotage. Nous devons centrer le dialogue avec les entreprises sur l'histoire économique du cas d'espèce, en regardant tant le côté négatif du bilan (la "*theory of harm*") que son côté positif (les gains d'efficacité ou "*efficiencies*").

Mais en amont de l'analyse prospective des faits, il faut se préoccuper du choix des données pertinentes et des méthodes d'examen. Sur le premier point, les informations réunies par les entreprises en vue de monter leur dossier sont évidemment précieuses. Mais elles peuvent parfois présenter des limites (risque de biais ou de lacune). Nous n'hésiterons donc pas, lorsque c'est utile, à les confronter avec celles que nous pouvons réunir par ailleurs, grâce à l'exercice de notre pouvoir général de surveillance des marchés, à la mise en œuvre de nos facultés d'enquête, au recours aux tests de marché, etc.

Sur le second point, nous sommes ouverts à la discussion. Mais il faudra que chacun joue le jeu. Pour être utile, l'échange de points de vue sur l'impact concurrentiel d'une opération et les méthodes à appliquer pour l'appréhender doit en effet être fondé sur des hypothèses robustes, convenues d'entrée de jeu. Cela vaut en particulier pour les études économiques ou économétriques, qui seront *a priori* plus utiles si les objectifs, les hypothèses de départ et les méthodes suivies sont discutés et testés en amont. L'Autorité s'est engagée à offrir cette opportunité aux entreprises, en publiant en annexe à ses lignes directrices un guide concernant la constitution des études économiques[42]. À elles, maintenant, de la saisir.

4. Le suivi des décisions et la culture du résultat

35. L'autre sujet sur lequel la première année illustre d'ores et déjà une évolution par rapport à la pratique antérieure est le suivi des engagements ; c'est un aspect central de la crédibilité et de l'efficacité du système.

La pratique ministérielle des engagements se caractérisait par une appétence marquée pour les engagements comportementaux. L'Autorité s'est inscrite dans une certaine continuité avec cet héritage, en indiquant dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations

35 Décisions de l'A utorité de la concur rence n° 10-DCC-01 du 12 janvier 2010 relative à la prise de contr ôle exclusif par Mr Brico lage de la société Passer elle (distribution au détail d'articles de brico lage et de jar dinage), n° 10-DCC-02 précitée (transport de v oyageur), n° 10-DCC-11 pr écitée (édition de chaînes gratuites de télé vision), n° 10-DCC-25 du 19 mars 2010 relative à la prise de contrôle exclusif d'actifs du groupe Louis Delhaize par la société H Distribution (groupe Hoio) (distrib ution alimentair e) et n° 10-DCC-51 du 28 mai 2010 relative à la prise de contr ôle par le gr oupe Tereos, du Groupe Quartier Français (sucre et spiritueux).

36 II. de l'article L. 430-2 C. Com.

37 Article L. 430-6 C. Com.

38 Lignes dir ectrices de l'A utorité de la concur rence du 16 décembr e 2009, r elatives au contrôle des concentra tions économiques (http://www .autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_dec09.pdf), pts 286 à 294 et 350 à 483.

39 Lignes directrices précitées, pts 295 et 488 à 511.

40 Décision n° 10 DCC 11 précitée.

41 Voir "The New F rench Competition Authority : mission, priorities and stra tegy for the next five years", in *Trustbusters*, cité à la note 4 ci-dessus, p. 10-11.

42 Lignes directrices précitées, annexe B.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

que des mesures correctives de nature comportementale peuvent être envisagées non seulement "*en complément*" de mesures structurelles, mais aussi, dans certains cas, en tant que "*substituts (temporaires ou non)*" à de telles mesures, en particulier lorsqu'une cession est difficilement envisageable ou que l'atteinte à la concurrence résulte d'une intégration verticale[43]. Elle a néanmoins rappelé qu'elle "*recherche, en priorité, des mesures structurelles, qui visent à garantir des structures de marché compétitives*"[44]. Elle a aussi précisé que, quelle que soit leur nature, les mesures correctives doivent répondre à certaines exigences : efficacité (autrement dit, aptitude à remédier effectivement et rapidement à l'atteinte à la concurrence identifiée), clarté (tant du contenu que des modalités de mise en œuvre) et contrôlabilité[45]. Dans les cas où un engagement comportemental apparaît *a priori* comme la solution la plus adaptée, ce n'est donc que si l'entreprise concernée prend ses dispositions pour répondre à ces exigences qu'il pourra effectivement être envisagé. Il est dès lors inévitable que de tels engagements soient rédigés, à l'initiative des entreprises qui y ont d'ailleurs intérêt, de manière assez détaillée.

En pratique, j'ai demandé au service des concentrations de faire de ce chantier une de ses priorités, parallèlement au travail des mandataires[46], avec lesquels il a vocation à échanger très régulièrement. Mais il ne doit pas s'en tenir là. Il lui faut intervenir de sa propre initiative. Nous ferons un premier bilan de cette activité à la fin de l'année 2010.

5. Le renforcement de la transparence et de la prévisibilité

36. Je l'ai dit souvent, une bonne autorité de concurrence, ce n'est pas seulement une Autorité qui intervient vite et bien en cas de difficulté sur le marché. C'est aussi une institution qui assure la transparence, qui permet aux régulés (terme plus juste que celui d'usagers) de comprendre son approche et qui sait se mettre à leur écoute. Nous avons décidé, dès mars 2009, de nous donner un an pour expérimenter avant de publier nos propres lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, engagement qui a été tenu.

37. Ce document, publié à la suite d'une consultation publique ayant permis d'enrichir notre projet initial en intégrant les suggestions faites par les entreprises et leurs conseils[47], constitue un véritable "mode d'emploi" du contrôle des concentrations. Il rappelle l'économie du système institutionnel issu de la LME, explique le fonctionnement concret de notre procédure, décrit notre grille d'analyse juridique et économique, signale les problèmes de concurrence qui peuvent se poser dans le cadre d'une opération de concentration et aide les entreprises à rechercher les meilleures solutions à ces problèmes. Il assure également davantage de cohérence avec le droit de l'Union, en intégrant dans notre pratique tout un ensemble d'éléments utiles pour la communauté d'affaires, du traitement des restrictions accessoires à la possibilité de présenter un dossier simplifié dans les cas qui s'y prêtent.

Je ne reviens pas davantage sur son contenu, qui a déjà été évoqué dans la revue[48] et qui fera l'objet d'une présentation détaillée dans le prochain rapport annuel de l'Autorité. C'est naturellement un texte qui a vocation à vivre et à s'enrichir, le moment venu, des développements futurs de notre pratique décisionnelle.

38. Je voudrais simplement attirer l'attention sur un point : nous avons cherché à assurer non seulement la prévisibilité du contrôle des concentrations, mais aussi la cohérence d'ensemble de la régulation concurrentielle. C'est ce qui nous a conduit à intégrer notamment des développements sur les restrictions accessoires. Comme au niveau européen, les entreprises sont maintenant assurées que les restrictions de concurrence directement liées à une fusion, et nécessaires à la réalisation de celle-ci, sont préservées contre le risque de remise en cause ultérieure au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles, dans les conditions prévues par nos lignes directrices[49]. C'est un facteur de progrès très net, qui n'aurait pas été possible sous le régime antérieur, puisqu'on voyait mal comment la pratique décisionnelle du ministre aurait pu lier mécaniquement l'autorité indépendante.

6. La mise en réseau européenne

39. Pour finir, le nouveau système me semble porter des fruits prometteurs en matière européenne.

C'est vrai, d'abord, parce que nous avons cherché, dans nos lignes directrices, à faire progresser la cohérence intellectuelle et procédurale sur beaucoup de points. Nous sommes très attachés à l'idée de garantir aux entreprises une égalité de traitement à Paris et à Bruxelles. J'ai déjà fait état de l'introduction dans la pratique française des restrictions accessoires ou du rapprochement des approches en matière de mesures correctives, mais on pourrait citer aussi la mise en place d'un dossier de concentration simplifié. Ce mécanisme a fait ses preuves à Bruxelles, où il concerne plus de la moitié des décisions prises à l'issue d'une phase 1. Il a aussi été "importé" par un certain nombre d'autorités nationales de concurrence, en Espagne, au Portugal, en République tchèque, etc. Il n'y avait pas de raison de rester à l'écart de ce mouvement qui permet de réduire les formalités administratives au maximum dans les cas qui le permettent.

Mais ce qui me frappe, c'est surtout que, comme l'avait anticipé la CLCF, la réforme a permis de réactiver le dialogue entre autorités. La Commission européenne a très vite accepté de nous renvoyer, à notre demande, une opération importante, qui a donné lieu à une décision d'autorisation sous réserve d'engagements structurels et

43 Lignes directrices précitées, pts 298, 528, 550, 551 et 553.

44 Lignes directrices précitées, pts 298 et 528.

45 Lignes directrices précitées, pt 525.

46 Lignes directrices précitées, pts 263 et suivants.

47 Ces observ ations sont en ligne sur le site Inter net de l'A utorité (http://www . autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=325).

48 Voir Nadine Mouy , "Les nouv elles lignes dir ectrices concentra tions", *Concurrences*, n° 1-2010, p. 7 et suivantes.

49 Lignes directrices précitées, pts 484 et suivants.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

comportementaux[50]. Deux autres renvois sont intervenus dans les mois qui ont suivi. Si l'on met à part quelques affaires de moindre importance, notamment dans le secteur de la distribution spécialisée, ce mécanisme n'avait plus été mis en œuvre depuis l'affaire Seb/Moulinex de 2002[51]. J'ai toute raison de penser que cette dynamique nouvelle, gage de la crédibilité de notre institution et de la confiance de la Commission envers le nouveau système, se poursuivra.

IV. L'activité de veille, d'évaluation et de conseil : Une montée en puissance annoncée

40. L'autorité administrative indépendante responsable de la régulation concurrentielle est, depuis sa création il y a près de vingt-cinq ans, investie non seulement de compétences décisionnelles, mais également d'une mission de conseil. Cette mission est si importante qu'elle lui a d'ailleurs dans un premier temps valu son nom (Conseil de la concurrence), avant que la réforme ne la transforme en Autorité pour ne pas mettre l'accent sur telle ou telle fonction particulière. Ce rôle n'est évidemment pas resté lettre morte entre 1986 et 2008. Les récents "entretiens" du Conseil d'État consacrés aux rapports entre pouvoirs publics et concurrence[52] ont ainsi été l'occasion pour Marie-Dominique Hagelsteen et Patrick Hubert, qui furent présidente et rapporteur général du Conseil, de rappeler à quel point l'institution l'avait développé. L'Autorité n'a donc jamais pratiqué le "tout répressif", comme on a pu le dire pour l'opposer à d'autres autorités, supposées plus modernes, qui privilégieraient la pédagogie[53]. Ce qui est vrai en revanche, c'est que, là où le Conseil dépendait de l'existence d'une saisine par une personne publique ou privée pour intervenir[54], la LME a permis à l'Autorité de rendre des avis et de faire des recommandations sur toute question de concurrence, de sa propre initiative[55].

J'avais annoncé que cet outil "à géométrie variable" et "à forte valeur ajoutée" serait amené à monter en puissance. L'année 2009 le confirme. Les avis rendus par l'Autorité (62) font pour la première fois jeu égal avec les décisions prises au titre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles (63).

41. Mais l'analyse quantitative ne renseigne guère sur les résultats recherchés ou atteints par l'Autorité : un avis rendu de notre propre initiative peut être plus éclairant qu'une dizaine d'avis ou de décisions faisant suite à une saisine externe. La loi en a pris acte, en créant un dispositif extrêmement plastique par rapport à beaucoup de ceux qui existent ailleurs (évaluation de l'impact concurrentiel des projets de loi par l'autorité de concurrence espagnole et possibilité d'attaquer devant les tribunaux les textes réglementaires qui ne respecteraient pas les règles de concurrence, obligation faite à l'autorité de concurrence italienne de présenter chaque année au gouvernement un projet de loi sur la concurrence, enquêtes sectorielles à la Commission européenne, etc.). En pratique, le texte permet à l'Autorité de réaliser des études de marché, de faire des recommandations au Gouvernement ou au Parlement, d'expertiser l'impact concurrentiel d'un projet de loi ou de décret, de clarifier la règle du jeu à l'intention des entreprises, etc. Ces évaluations et ces prises de position, qui interviennent en toute indépendance, seront cruciales pour approfondir la culture de concurrence, qui est encore fragile, et parfois vacillante, au sein des pouvoirs publics, des entreprises et du grand public.

Les développement qui suivent dressent un premier bilan "institutionnel" de cette activité (1.), avant d'en esquisser une brève typologie (2.), d'évoquer son cadre procédural (3.) et de présenter son articulation avec l'intervention au cas par cas (4.).

Ils sont à lire en combinaison avec l'article consacré au sujet spécifique des avis de l'Autorité, publié dans le même numéro de la revue par Patrick Spilliaert, vice-président de l'Autorité.

1. L'insertion dans le paysage institutionnel

42. L'année 2009 montre que la compétence consultative élargie confiée à l'Autorité s'est bien insérée dans le paysage (1.1.), mais aussi que certaines conditions doivent être réunies pour qu'elle puisse être mobilisée utilement (1.2.).

1.1. Le conseil indépendant

43. La possibilité donnée à l'Autorité de rendre des avis est très importante en termes de planification stratégique. Il est évidemment des problématiques sur lesquelles l'intervention au cas par cas n'est pas la meilleure solution, parce qu'il est préférable de prendre de la hauteur. C'est notamment le cas lorsque la situation concurrentielle du marché mérite un examen panoramique (du fait par exemple de l'existence de nombreuses barrières à l'entrée) ou lorsque les pouvoirs publics réfléchissent à la modification du cadre législatif. Notre activité consultative a aussi vocation à cibler des sujets à enjeux : transport ferroviaire, distribution, crise du lait, etc. Il faut les anticiper et les intégrer dans un programme de travail cohérent.

Mais ce besoin d'anticipation ne doit pas nous conduire à nous mettre des œillères. Nous devons rester en prise constante avec le contexte économique, et en particulier être attentifs aux chocs exogènes qui nécessiteraient une mobilisation rapide, quitte à bousculer notre agenda.

44. Ce qui me frappe, depuis la mise en place de la réforme, c'est que les pouvoirs publics ont très vite compris le parti qu'ils pouvaient tirer de cette compétence. Les commissions

50 Décision n° 10 DCC 02 précitée.

51 Décision n° C(2002)38 de la Commission européenne du 8 janvier 2002 (cas COMP/M.2621, *Seb/Moulinex*).

52 Accessibles en ligne (http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/colloques/pouvoirs-publics-et-concurrence.html).

53 Voir Patrick Hubert et Katrin Schallenberg, "A Tale of two authorities", *Competition Law Insight*, 9 février 2010, auquel fait référence le point de vue publié dans le précédent numéro.

54 Articles L. 462-1 et L. 462-2 C. Com.

55 Article L. 462-4 C. Com.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

parlementaires ont fait usage à deux reprises de la faculté nouvelle dont elles disposent de discuter avec nous de questions générales de concurrence[56]. À l'initiative de son président, la commission de l'économie du Sénat nous a demandé un diagnostic sur la situation concurrentielle de la filière laitière et sur les moyens de contribuer à la sortie de crise[57]. De son côté, la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a consulté l'Autorité, à la demande de son président, sur le projet de loi relatif à la nouvelle organisation du marché de l'électricité (NOME)[58]. Dans un cas, on demande à l'expert concurrentiel de se mobiliser en urgence pour aider les pouvoirs publics à résoudre une situation économique difficile ; dans l'autre, on attend d'elle une analyse réactive sur une question structurante sur le long terme. Les ministres ne sont pas en reste, puisqu'ils sont de plus en plus nombreux à nous saisir, aux côtés du ministre chargé de l'économie qui reste notre interlocuteur principal pour le compte du Gouvernement : ce fut le cas pour l'avis sur le livre numérique[59], demandé par le ministre de la culture, et ceux sur l'outre-mer[60], rendus au secrétaire d'État en charge de ce dossier.

1.2. Les conditions d'un partenariat réussi

45. Cette demande croissante d'intervention consultative nous fournit déjà de premiers enseignements sur les conditions à réunir pour assurer son succès.

Tout d'abord, il faut être conscient du rôle de l'Autorité. Ses avis ont vocation à fournir un diagnostic concurrentiel et à contribuer à la réflexion, à charge pour les pouvoirs publics de prendre leurs responsabilités politiques. C'est ce qui est en train de se faire, par exemple, dans le cadre du projet de loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche (PLMA)[61].

Mais ce rôle, l'Autorité doit le jouer pleinement : si elle ne défend pas la concurrence, de façon objective mais sans complexes, comme la loi lui en a confié la responsabilité, personne ne le fera. Or, même si ce qu'elle a à dire n'est pas toujours ce que l'on veut entendre, son analyse et ses propositions n'en sont pas moins utiles, voire nécessaires. Dans un contexte de mondialisation et de crise économique où les gouvernements ont parfois moins d'influence qu'autrefois quand ils agissent isolément, et où ils n'ont plus toujours les ressources budgétaires pour stimuler à eux seuls la demande, il est important que l'on puisse leur signaler des gisements de croissance inexploités, des secteurs qui fonctionnent de façon inefficace, des barrières et des rentes qui brident l'économie ou pèsent sur les consommateurs…

Ensuite, la qualité de notre intervention est tributaire des conditions dans lesquelles nous sommes sollicités. Il faut en particulier que le Gouvernement veille à nous parler avec franchise de ses objectifs, afin de nous permettre de comprendre ce qu'il recherche et de lui donner un avis à la fois constructif et éclairé. Dans l'affaire du livre numérique, par exemple, il était primordial d'expliquer en amont à l'Autorité dans quelle mesure les objectifs de la loi Lang (égalité des citoyens devant le livre, maintien d'un réseau dense de distribution et soutien au pluralisme dans la création et l'édition) guidaient la demande d'avis, et si d'autres buts, nouveaux, venaient les compléter ou les adapter. Dans le même sens, la qualité des échanges techniques menés avec les ministères concernés en amont de la saisine sur le projet de loi NOME et de la tenue de la séance devant le collège, par exemple, a beaucoup contribué à éclairer la rédaction de l'avis. Il faut aussi que le Gouvernement s'adresse à nous dans un délai nous permettant de faire œuvre utile, ce qui n'a pas toujours été le cas au cours des derniers mois.

Enfin, il faut prendre garde à ne pas détourner le sens de notre fonction consultative. Notre intervention fait sens lorsqu'il s'agit d'aider à concevoir une évolution législative ou d'obtenir un éclairage sur une question générale de concurrence. L'Autorité n'a en revanche pas vocation à expertiser une multitude d'accords individuels, comme le faisait la Commission européenne avant que le règlement n° 1/2003[62] ne renonce à ce système hérité des années 60 au profit d'un mécanisme d'exception légale et d'auto-évaluation de leurs pratiques commerciales par les acteurs eux-mêmes. Il est troublant que le législateur français, qui avait toujours responsabilisé les entreprises en privilégiant la voie de l'exception légale, ait récemment prévu la notification individuelle à l'Autorité des contrats par lesquels des fédérations sportives ou des organisateurs d'événements sportifs permettent à des tiers d'organiser des paris en ligne[63], ou encore des contrats-types mis en place par les interprofessions agricoles en matière de prix et de calendriers de livraison[64]. L'expérience des 34 accords interprofessionnels dérogatoires en matière de délais de paiement examinés par l'Autorité – d'ailleurs avec beaucoup de soin – dans un délai extrêmement court aurait dû suffire à montrer les limites de l'exercice[65]. Mieux vaut mobiliser les ressources en publiant des lignes directrices ("*guidance*") à vocation générale que de s'engager dans un "*micro-management*" déresponsabilisant des accords individuels.

56 Article L. 461-5 C. Com.

57 Avis n° 09-A-48 de l'A utorité de la concur rence du 2 octobre 2009, r elatif au fonctionnement du secteur laitier.

58 Avis n° 10-A-08 de l'Autorité de la concur rence du 17 mai 2010, relatif au projet de loi portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

59 Avis n° 09-A-56 de l'A utorité de la concur rence du 18 décembre 2009, r elatif à une demande d'a vis du ministr e de la cultur e et de la comm unication portant sur le li vre numérique.

60 Avis de l'Autorité de la concur rence n° 09-A-21 du 24 juin 2009, relatif à la situa tion de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer, et n° 09-A-45 du 8 septembre 2009, relatif aux mécanismes d'importa tion et de distrib ution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer.

61 Voir le dossier législa tif disponib le sur le site du Séna t (http://www.senat.fr/dossierleg/pjl09-200.html).

62 Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil de l'Union eur opéenne, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvr e des règles de concur rence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 du TFUE).

63 Article 63 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouv erture à la concur rence et à la régulation du secteur des jeux d'ar gent et de hasar d en ligne, qui donne un délai de 15 jours à l'Autorité pour rendre son avis.

64 Article 7 du PLMA, tel qu'adopté par le Sénat le 29 mai 2010.

65 Article 21 de la LME.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

2. Un outil plastique

46. Si nous sommes sollicités dans de bonnes conditions, notre prise de position peut être très utile, comme l'illustre un bref panorama des objectifs recherchés en matière consultative : veille concurrentielle (2.1.), conseil stratégique aux décideurs publics et privés (2.2.), expertise technique sur des projets de textes (2.3.), évaluation ex post (2.4.).

2.1. La veille concurrentielle

47. Dans une première série d'hypothèses, l'avis de l'Autorité vise à analyser en amont le fonctionnement concurrentiel d'un marché et à réfléchir aux suites à donner à ce constat.

Les demandes en ce sens sont surtout venues jusqu'ici des pouvoirs publics. Par exemple, l'avis rendu à l'automne 2009 sur le fonctionnement de la filière laitière[66] a conduit l'Autorité à faire un examen d'ensemble de la situation concurrentielle du secteur et à proposer des solutions alternatives aux recommandations de prix émanant des interprofessions, qui comportent le risque d'être économiquement inefficaces (le lait peut être importé de pays voisins à un prix inférieur), ne remédient pas au déséquilibre des forces en présence (les négociations sont conduites au niveau national face à des industriels puissants) et ne sont pas sécurisées juridiquement (car non conformes au droit de l'Union européenne). L'Autorité a proposé d'autres pistes, comme la contractualisation (qui permettrait d'inscrire les relations commerciales entre l'agriculteur et l'intermédiaire auquel il vend son lait dans un cadre juridique écrit et prévisible dans la durée), le regroupement des producteurs dans un cadre coopératif ou encore la négociation des volumes par le biais de courtiers tels que les organisations de producteurs. La Commission européenne s'est intéressée à ce que nous avions dit sur ce sujet, qui concerne l'Europe entière, et a repris à son compte certaines de nos propositions à la suite d'une fructueuse réflexion au sein du Réseau européen de la concurrence (REC).

Le lancement d'un avis d'initiative sur les contrats de management catégoriel, déjà évoqué, illustre aussi cette convergence progressive des priorités des autorités de concurrence d'Europe et la mise en réseau de leurs activités d'enquête sectorielle. L'avis a en effet vocation à compléter, au terme d'un examen pratique, l'analyse de ces contrats faite par la Commission dans ses nouveaux textes relatifs aux restrictions verticales[67].

L'Autorité a donc de plus en plus vocation à prendre elle-même l'initiative. C'est ce qu'illustrent les deux auto-saisines intervenues au printemps 2010 dans le secteur de la distribution alimentaire[68]. On sait que la LME a créé un régime doublement spécifique pour le commerce de détail, en soumettant les opérations de concentration intervenant dans ce secteur à un système de notification dérogatoire au droit commun, évoqué plus haut, et en prévoyant la possibilité pour l'Autorité d'imposer des injonctions structurelles[69]. Le Parlement s'est aussi ému à plusieurs reprises de la situation concurrentielle de ce secteur, qui est fondamental pour les consommateurs et déjà assez concentré, en recommandant la plus grande vigilance à son sujet. Nos saisines visent à examiner de plus près plusieurs aspects de son fonctionnement, comme la portée des modalités de gestion du foncier commercial et du recours aux contrats d'affiliation et de franchise sur la concurrence.

2.2. Le conseil stratégique aux décideurs

48. Dans une deuxième série d'hypothèses, l'Autorité peut intervenir pour proposer, dans des délais rapides et donc en phase avec la vie économique, des orientations aux pouvoirs publics ou un guidage aux entreprises.

Un certain nombre d'avis ont d'ores et déjà été rendus pour aider le Gouvernement ou le Parlement à prendre une décision sur l'opportunité d'une réforme, sur la base d'un diagnostic concurrentiel indépendant : multiplication des pratiques d'exclusivité d'accès aux contenus audiovisuels[70], situation concurrentielle des départements d'outre-mer[71], etc. Les avis rendus en urgence sur ce dernier sujet ont, par exemple, mis en évidence des dysfonctionnements concurrentiels marqués liés à l'existence de pratiques d'exclusivité territoriale dans la fourniture de biens de consommation et de carburant, aux modalités de fixation du prix de l'essence et à la gestion des facilités essentielles de stockage du carburant. Cette situation a conduit l'Autorité à faire un certain nombre de propositions, qui ont contribué à structurer la réflexion des états généraux de l'outre-mer.

Mais l'intervention de l'Autorité peut aussi viser à guider les acteurs privés, comme en témoigne le premier avis rendu en vertu de son nouveau pouvoir d'auto-saisine, à propos du transport public terrestre de voyageurs[72]. L'Autorité y analyse le cadre réglementaire européen et national et ses conséquences sur les modalités pratiques de gestion des gares. Elle y évalue aussi le rôle de la diffusion de l'information essentielle à l'intermodalité dans l'animation de ce secteur. Au terme de cet examen, elle recommande d'élargir le pouvoir de contrôle ex ante sur les tarifs des services en gare de la future Autorité de régulation des activités ferroviaires

66 Avis n° 09-A-48 précité.

67 Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission européenne, du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, et communication n° 2010/C 130/01 de la Commission européenne, du 19 mai 2010, portant lignes directrices sur les restrictions verticales.

68 Décisions de l'Autorité de la concurrence n° 10-SOA-01 du 25 février 2010, relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de fonciers commerciaux dans le secteur de la distribution alimentaire, et n° 10-SOA-02 du 19 mars 2010, relative à une saisine d'office pour avis portant sur les contrats de "management catégoriel" entre les opérateurs de la grande distribution alimentaire et certains de leurs fournisseurs.

69 Article L. 752-26 C. Com.

70 Avis n° 09-A-42 de l'Autorité de la concurrence du 7 juillet 2009, sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communications électroniques et activités de distribution de contenus et de services.

71 Avis n° 09-A-21 et n° 09-A-45 précités.

72 Avis n° 09-A-55 de l'Autorité de la concurrence du 4 novembre 2009, sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

(ARAF) et de mieux garantir la séparation des fonctions de gestionnaire de réseau et d'exploitation. Dans l'attente de cette évolution, les lignes de force dégagées par l'avis ont éclairé très concrètement les acteurs sur les enjeux et les risques concurrentiels de la nouvelle donne créée par la libéralisation. Ils ont en effet joué un rôle déterminant dans la construction d'un diagnostic commun avec l'entreprise notifiante dans l'affaire SNCF/Keolis[73], et aidé à s'orienter vers des engagements de nature à répondre aux questions de concurrence soulevées par le cas.

L'avis d'initiative rendu sur l'utilisation croisée des bases de clientèle dans le secteur des télécommunications[74] poursuit le même objectif. Il clarifie, à l'intention notamment de l'opérateur historique, que cette pratique n'est à première vue pas susceptible d'avoir à elle seule un effet d'éviction et n'est donc pas condamnable en soi. Il rappelle aussi que, dans le contexte actuel du secteur de la téléphonie mobile - caractérisé par des barrières à l'entrée et un nombre très réduit d'opérateurs - la généralisation des offres de convergence ("*quadruple play*") présente des risques significatifs de verrouillage et de distorsion de la concurrence au bénéfice des opérateurs installés. Ces constats s'accompagnent d'un certain nombre de recommandations concrètes – concernant notamment la durée des engagements et les conditions de sortie des clients – qui pourraient, si elles étaient mises en œuvre par les opérateurs, aider à rééquilibrer le bilan concurrentiel de ces stratégies.

2.3. L'expertise législative et réglementaire

49. L'Autorité est de plus en plus souvent conduite à intervenir dans une troisième catégorie de cas, afin d'aider à l'élaboration d'un projet de loi ou de décret dont le principe a déjà été décidé. L'intervention peut poursuivre deux finalités, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre : identifier de possibles risques juridiques (autrement dit la possibilité que le texte sous examen viole les règles de concurrence, notamment le droit de l'Union) et évaluer la portée du projet sur le fonctionnement du secteur concerné (autrement dit son effet sur le jeu concurrentiel et sur le bien-être des consommateurs).

L'avis sur le cinéma numérique[75] a ainsi contribué à identifier les motifs susceptibles de conduire la Commission européenne, au titre de ses compétences en matière d'aides d'État, à se poser la question de la compatibilité du projet de texte soumis à l'Autorité avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Mais il faut insister sur le fait que l'Autorité ne doit pas se limiter, dans ce type d'affaires, à faire une analyse juridique étroite ou formelle des textes ou des questions sur lesquelles elle se penche. Son intervention a beaucoup plus de valeur ajoutée pour les entreprises, le Gouvernement et le Parlement si elle prend du champ et présente une vision "grand angle" des problématiques concurrentielles et économiques sous-jacentes. Plusieurs affaires en cours d'examen donneront l'occasion de le rappeler prochainement.

2.4. L'évaluation des résultats concrets

50. Enfin, l'Autorité peut être conduite à intervenir ex post, pour établir le bilan concurrentiel d'une législation ou d'une réglementation en vigueur. La loi s'inscrit sur ce point en continuité avec le passé, puisque c'est au vu des avis rendus par le Conseil de la concurrence en 2004[76] et en 2007[77] que le Gouvernement avait profondément modifié, avec la LME, la législation relative à l'équipement commercial, afin de remédier aux effets négatifs des lois dites "Royer"[78], "Galland"[79] et "Raffarin"[80] sur la concurrence

3. Le cadre procédural : Comprendre, écouter, aider

51. Le point de vue publié dans le précédent numéro de la revue montre que les conseils des entreprises ont bien perçu les avantages d'une intervention consultative de l'Autorité : possibilité d'obtenir un éclairage concurrentiel sur des questions nouvelles, aide à l'auto-évaluation, prévention des risques contentieux, intégration de la concurrence au débat public, etc. Il fait aussi ressortir certaines attentes, notamment quant à la procédure suivie.

Comme pour le contrôle des concentrations, celle suivie en matière consultative est différente de celle prévue pour les affaires d'ententes et d'abus de position dominante. Cela se comprend bien : les besoins auxquels ces trois formes d'intervention répondent et les résultats sur lesquels elles débouchent sont très différents.

52. Le processus de construction des avis sur des questions générales de concurrence est conçu pour permettre à l'Autorité de faire un diagnostic concurrentiel, en réunissant les informations utiles à sa prise de position. À cet effet, l'Autorité peut mobiliser ses pouvoirs d'enquête[81], en commençant par réunir des informations sur le terrain ou par demander des renseignements aux acteurs[82]. Elle peut aussi, outre le saisissant lorsqu'il en existe un, "*entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information*"[83].

73 Décision n° 10-DCC-02 précitée.

74 Avis n° 10-A-13 de l'A utorité de la concur rence du 14 juin 2010, relatif à l'utilisa tion croisée des bases de clientèle.

75 Avis n° 10-A-02 de l'Autorité de la concurrence du 1er fèvrier 2010, relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma.

76 Avis n° 04-A-18 du Conseil de la concur rence du 18 octobre 2004, relatif aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée.

77 Avis n° 07-A-12 du Conseil de la concurrence du 11 octobre 2007, sur la législation relative à l'équipement commercial.

78 Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

79 Loi n°96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales.

80 Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

81 I. de l'article L. 450-1 C. Com.

82 Article L. 450-3 C. Com.

83 Article L. 463-7 C. Com.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

Cette procédure n'échappe pas à l'impératif d'ouverture et de rigueur qui doit constituer notre boussole permanente. Mais cet impératif se décline différemment selon que notre intervention vise à déboucher sur une prise de position à caractère général ou sur un acte de portée individuelle. L'examen de la situation concurrentielle d'un secteur peut conduire à déceler des problèmes dont aucune entreprise en particulier n'est responsable, comme une barrière à l'entrée d'origine législative. Elle peut aussi déboucher sur le constat que certains types de comportement, considérés globalement et *a priori*, posent question. Pour nous permettre de nous forger une opinion, il peut, dans un cas comme dans l'autre, être utile d'entendre des personnes privées ou publiques ayant un point de vue pertinent compte tenu de leur position ou de leur expertise. Cette contribution n'est pas seulement importante d'un point de vue intellectuel ou technique : elle est aussi l'assurance que l'avis rendu par l'Autorité intervient au terme d'une démarche transparente, fondée sur le dialogue avec les parties prenantes et sur la recherche de la meilleure information possible.

53. Tout autre est le cas des prises de position sur des cas individuels. Dans cette hypothèse, le pouvoir d'entendre les personnes que nous estimons "intéressantes" ne suffit pas ; l'Autorité a aussi le devoir d'entendre les personnes que le Code de commerce considère comme "intéressées", c'est-à-dire les parties à la procédure, dont la position individuelle ou les droits particuliers sont susceptibles d'être affectés, de façon directe et effective, par la décision finale. Le Code de commerce reflète parfaitement cette distinction, en prévoyant un régime procédural dérogatoire et plus contraignant pour les avis intervenant à la demande d'une juridiction dans le cadre d'un contentieux privé : l'Autorité ne peut alors "*donner un avis qu'après une procédure contradictoire*", sauf si "*elle dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure*"[84].

54. La flexibilité procédurale propre aux avis généraux a une double contrepartie. D'une part, l'avis ne peut en aucun cas préjuger l'appréciation que l'Autorité porterait sur le comportement individuel d'une entreprise donnée si elle était saisie au titre du contrôle des pratiques anticoncurrentielles, ni à plus forte raison qualifier un tel comportement. Contrairement à ce qui peut parfois être dit, cette frontière n'a rien d'"artificiel" et nous veillons à ce qu'elle soit scrupuleusement respectée dans les affaires consultatives dont nous sommes saisis. On voit bien, à leur lecture, les différences profondes qui séparent les avis portant sur des questions générales de concurrence et les décisions individuelles. Ils éclairent sur une problématique donnée, sans évaluer de façon individualisée les éléments concrets qu'il faudrait prendre en considération pour se déterminer sur le caractère pro- ou anticoncurrentiel d'une pratique spécifique. D'autre part et surtout, l'avis ne peut évidemment être assorti d'aucune mesure juridique affectant des intérêts particuliers, qu'il s'agisse d'un constat (d'infraction ou de non-lieu), d'une injonction (comportementale ou structurelle) ou d'une sanction pécuniaire.

84 Article L. 462-3 C. Com.

55. On ne voit donc vraiment pas qui, hormis peut-être quelques "plaideurs professionnels" héritiers de ceux dépeints par Racine, pourrait avoir intérêt à ce que l'on donne suite à l'idée quelque peu… baroque, avancée dans le précédent numéro de la revue, d'instaurer un droit de recours gracieux contre les avis de l'Autorité. Ni le bon sens, ni les entreprises, n'y gagneraient en tout cas.

Cela ne doit pas pour autant nous interdire de progresser dans la façon de compléter notre information dans le cadre des affaires consultatives. Il faudra simplement veiller, dans le même temps, à préserver la flexibilité et la rapidité qui font l'intérêt de la compétence consultative de l'Autorité. Pour ne reprendre qu'une des idées exprimées par certains praticiens, on pourrait par exemple réfléchir à la tenue de consultations publiques dans les cas qui s'y prêtent, que ce soit sous la forme de questionnaires publics ou même de tables-rondes réunissant les intéressés, en amont de la séance et de l'adoption de l'avis. Cela me paraît être, dans certains cas, un bon moyen d'aider l'Autorité à se faire une conviction sur telle ou telle question de concurrence.

4. L'articulation avec les cas individuels

56. Une seconde crainte a semble-t-il été exprimée par quelques unes des personnes consultées : celle de voir les avis "*réguler des pratiques*" et "*devenir un référentiel incontournable*" pour des contentieux futurs.

Soyons clair : si l'avis de l'Autorité est éclairé et rigoureux, il sera pris en compte par les entreprises. C'est précisément ce qu'elles attendent, même si, par sa nature même, cette mission de conseil indépendant et objectif comporte la possibilité que l'avis de l'Autorité ne convienne pas toujours à tout le monde.

Il faut cependant être sérieux. On ne peut pas soutenir que les avis de l'Autorité imposeraient aux entreprises de se "mettre à l'équerre". En s'en tenant à l'examen de questions générales de concurrence et à l'énonciation de recommandations tout aussi générales, nos avis se terminent là où commencerait la démarche intellectuelle qui se trouve au cœur de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, qui consiste en une pesée individualisée des éléments factuels à prendre en compte pour se déterminer sur le bilan pro- ou anticoncurrentielle d'un comportement donné. Les entreprises le savent bien.

57. En conclusion, les cabinets de conseil juridique ne peuvent pas demander aux avis de présenter toutes les caractéristiques des décisions ; de son côté, l'Autorité ne peut pas attendre des avis toutes les conséquences d'une décision. Ou bien il faudrait se résoudre à appauvrir la palette des instruments de la régulation concurrentielle, que le Parlement et le Gouvernement ont justement voulu diversifier, au bénéfice des entreprises et des consommateurs. Les deux outils ont leurs avantages et leurs limites intrinsèques : comme le signale le point de vue publié dans le précédent numéro, parfois "*un bon avis vaut mieux qu'une série de décisions*", parfois l'inverse est vrai. L'Autorité continuera, comme elle l'a fait jusqu'ici, à s'efforcer de choisir à chaque fois le mode d'intervention qui lui paraît le plus approprié. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. *This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.*

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

Concurrences

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Géradin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege, Cartel Profiles in the EU*...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Penelope Papandropoulos, Etienne Pfister, Francisco Rosati, David Spector...

Chroniques

Ententes

Michel Debroux
Laurence Nicolas-Vullierme
Cyril Sarrazin

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Muriel Chagny
Mireille Dany
Marie-Claude Mitchell
Jacqueline Riffault-Silk

Distribution

Nicolas Ereseo
Dominique Ferré
Didier Ferrié

Concentrations

Olivier Billiard, Jacques Gunther, David Hull, Stanislas Martin, Igor Simic, David Tayar, Didier Théophile

Aides d'État

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Christophe Giolito

Procédures

Pascal Cardonnel
Christophe Lemaire
Agnès Maîtrepierre
Chantal Momège

Régulations

Joëlle Adda
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

Secteur public

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

Politique internationale

Frédérique Daudret-John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian
Umberto Berkani
Alain Ronzano

Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne (Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

Tarifs 2010

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT *Without tax*	TTC *Tax included (France only)*
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) *1 year subscription (4 issues) (print version)*	445 €	454,35 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) *1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)*	395 €	472,42 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) *1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)*	645 €	771,42 €
❑ 1 numéro (version papier) *1 issue (print version)*	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

❑ Abonnement annuel + accès libre aux e-archives *1 year subscription + free access to e-archives*	575 €	687,7 €

Revue *Concurrences* + bulletin *e-Competitions* | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

❑ Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin *1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin*	745 €	891,02 €
❑ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin *1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin*	845 €	1010,62 €

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name :* . . . . . e-mail *:* . . . . . .

Institution | *Institution :* . . . . . .

Rue | *Street :* . . . . . Ville | *City :* . . . . . .

Code postal | *Zip Code :* . . . . . Pays | *Country :* . . . . . .

N° TVA intracommunautaire/*VAT number (EU) :* . . . . . .

Formulaire à retouner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence
21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com
Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

Conditions générales (extrait) | ***Subscription information***

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences *and on-line access to* e-Competitions *and/or* Concurrences *require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.*

Frais d'expédition *Concurrences* hors France : 30 € | *30 € extra charge for sending hard copies outside France*